Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

verzinsliche Forderung als Gegenleistung für die Wechselbegebung zugewendet erhalten, und daß er die und die Zinsen davon erhoben, oder durch die Darlegung, daß der Aussteller die in Baar erhaltene Valuta zinsbar angelegt, und daß er aus dieser Capitalanlage die und die Zinsen bezogen habe.

(Fortsetzung im nächsten Hefte).

XVI.

Ueber das außerordentliche Rechtsmittel der in integrum restitutio im Processe.

Von

Herrn Dr. Roßhirt.

Geheimerath und Professor in Heidelberg.

Der Zweck dieser Darstellung ist, nachzuweisen, daß das außerordentliche Rechtsmittel der Restitution nur ob nova zugelassen ist, so wie es im reichskammergerichtlichen Prozesse entstanden ist, und warum es bei dem Reichskammergerichte, welches nur eine einzige Instanz bildete — wenn man auch die Revision zuließ — doch nöthig war, indem die Revision keine Suspension gab, aber die Restitution. Es mußte bewiesen werden, daß diese Restitution auch in das gemeine Prozeßrecht überging. Es mußte dargethan werden, was das novum ist, weil auch bei den ordentlichen Rechtsmitteln ein novum zugelassen war, und wie sich beide von einander unterscheiden.

In Deutschland, wo es überall noch an einer festgeordneten Geschichte des Prozesses fehlt,[1]) gibt es folgende Theorien über das gedachte Rechtsmittel der Restitution:

---

1) Der gemeine deutsche Prozeß ruht auf den Principien der Schriftlichkeit, der Verhandlung und der Eventualität. Die zwei letzten Punkte wollen die neuesten Gesetzgeber beibehalten; aber die Auffassung des Falles durch den Richter soll ohne Probe der Schriftlichkeit geschehen, das Beweisverfahren soll in formalibus schriftlich vor sich gehen, in materialibus aber soll der Richter zum Geschwornen gemacht werden.

Man behauptet, im deutschen Reichs- und gemeinen Recht habe eine in integrum restitutio contra rem judicatam d. h. gegen ein unanfechtbares Urtheil [2]) stattgefunden, wenn man sich auf ein novum stützen könne (sei es nun ein neues Rechtsfundament z. B. Exceptio oder ein neues Beweismittel). Einer Nachweisung, einer besondern causa restituendi brauche es nicht; die Novität des Vorbringens gelte als Surrogat einer solchen causa. Die altrömischen Restitutionsgründe seien aber dadurch nicht ausgeschlossen, sondern dürften ebenfalls benützt werden. (Gensler.)[3])

Andere aber lehren, das römische Recht gestatte gegen ein rechtskräftiges Urtheil die Wiedereinsetzung in der Regel nicht, sondern nur in einigen wenigen Fällen, welche Bayer S. 1100 ff. aufzählt, auch so leicht nicht wegen neu aufgefundener Beweismittel. Erst durch deutsche Praxis und Gesetze sei die Anwendbarkeit dieses Rechtsmittels in der Art erweitert worden, daß man dasselbe allgemein auch ohne einen andern Restitutionsgrund blos ex capite novorum zulasse.

Dritte endlich stellen die Ansicht auf, daß, während die beiden vorhergehenden Meinungen entweder die römischen Restitutionsgründe ganz oder doch in einer gewissen Beschränkung zulassen, weil das römische Recht recipirt sei: dieses bei einem rechtskräftigen und unanfechtbaren Urtheile in Deutschland nicht stattfinde: doch aber jeder die i. i. restitutio gebrauchen könne, wenn er nova anführe oder neue Beweismittel gebrauche.

So ist es dann geschehen, daß auch unsere neuern Gesetzbücher und Gesetzentwürfe in dieser Sache rathlos blieben. Das bairische Gesetzbuch von 1753, 16. Kapitel hält sich im Geiste jener Zeit an die nova; [4]) die preußische Gerichtsordnung von 1795 im 16. Titel nicht nur an die nova, sondern auch wenn ein Minderjähriger behauptet, durch seinen Vormund oder Curator im Prozeß vernachlässigt zu sein. Der Code de procedure findet die Nichtigkeit bekanntlich schon, wenn contra

2) Reinhard, Handb. zum deutschen Prozeß II. S. 301, c. 13. 15, X. 2. 15. v. Savigny Syst VI. S. 296–299.

3) Handb. §. 285 und Archiv für die civilist. Praxis IV. Bd. 1. Heft.

4) Doch nicht streng, denn die Minderjährigen sollen unter Nr. 2 ähnlich wie im preußischen Recht begünstigt werden, doch wieder nicht allgemein.

jus in thesi gesprochen ist, dagegen wenn jemand in contumaciam verurtheilt und nicht citirt ist, wenn eine falsa causa stattgefunden hat, falsche Urkunden, bestochene Zeugen, bei der Incompetenz des Richters, dann wenn die Vertretung nicht gehörig geschehen ist, gilt dasjenige, was man jetzt i. i. restitutio nennt, unter dem Namen requête civile (Art. 480. 481). Das badische Recht hat die Nichtigkeit nur angenommen bei der Unfähigkeit des Richters und der Partheien (Art. 53. 80), [5]) dagegen das Meiste unter die Restitutionsgründe gebracht (Tit. 48). Das hannoversche Recht hat im §. 431 sich sehr bestimmt und ohne Gebrauch der Analogie über die Nichtigkeitsgründe erklärt, alles andere im §. 444 als Restitutionsgrund aufgenommen Endlich der bairische Entwurf läßt eine Wiederaufnahme des Verfahrens in einzelnen Fällen eintreten.

Es scheint daher der Mühe werth, einige Worte über das geschichtliche Verhältniß der i. i. restitutio in Beziehung auf das gemeine deutsche Recht und die Rationalität der Sache zu sprechen.

Bekanntlich läßt das classisch-römische Recht die gewöhnliche i. i. restitutio auch gegen die res judicata zu: also gegen die obligatio judicatum facere oportere, natürlich, wenn eine laesio und justae causae nachzuweisen sind: Später bei der Veränderung des Gerichtswesens gab es Fälle, wo die Sentenz ohne Appellation und Provocation rescindirt werden konnte (D. 49. 8. Cod. 7. 64). Dann wie man sich durch supplicatio unter dem Regiment des Kaisers helfen konnte, ist nicht weniger bekannt. Von einem eigentlichen Instanzverhältnisse sollte man in jener Zeit nicht reden. Gewiß aber ist es, daß man auch eine Revision behauptete wegen novae defensiones, obgleich dieser Punkt sehr bestritten ist, und wobei man nicht untersuchte, ob dieses nicht als i. i. restitutio anzusehen war. [6]) Das canonische Recht war um so unstäter, als we-

5) Die Nichtigkeit ex substantialibus processus ist als Restitutionsgrund aufgefaßt. §. 1210.

6) Vielleicht durch die clausula generalis geschah es, daß nova instrumenta zugelassen wurden l. 35 D. 42. 1. l. 4 cod. 7. 52. Gönner, über Restitution. §. 10.

nigstens durch die Glossatoren eine eigene Nullitätsklage eingeführt wurde, und man dasjenige, was gleichsam als nova defensio anzusehen war, unter die Restitutionen rechnete. [7])

Dazu kam noch in der deutschen Prozeßordnung theils das Eigenthümliche der höchsten Reichsgerichte theils die Instanzenordnung in den andern und Landesgerichten. Man mußte offenbar von andern Grundsätzen ausgehen, um in außerordentlichen Verhältnissen über die unanfechtbaren Urtheile wegzukommen. [8])

Wenn die Nichtigkeiten ex substantialibus processus gehörig und resp. gesetzlich bestimmt, wenn die Appellationen und dasjenige was unter den Appellationssummen steht durch andere ordentliche Rechtsmittel geordnet, und überhaupt der Instanzenzug soweit hergestellt ist, daß die Rechtskraft und Unanfechtbarkeit der Sentenz zu Tage liegt, wird man kaum einsehen, aus welchen Gründen im Civilprozeße noch eine i. i. restitutio nöthig und zulässig sein kann. Es wären denn res novae et incognitae. Wegen der Präclusion muß natürlich Vorsorge getroffen werden, wornach man sich in den gewöhnlichen Rechtsmitteln helfen kann.

Eines wird vor Allem gleichsam nicht zu übersehen sein, daß man Anfangs über das novum sehr zweifelhaft war, aber besonders geneigt, die querela falsi gleichsam in den negativen Standpunkt als i. i. restitutio ob nova anzusehen. Man kann vergleichen den oben angeführten Tancredus. Termineus rechnet die falsitas als Nullitätsgrund. Sehr unstät sind die Ansichten von Durantis. Gehen wir nun auf den Standpunkt des deutschen Reichsprozesses über. [9])

§. 2.

Das Reichskammergericht und der jüngste deutsche Reichsabschied sind theilweise für uns eine Quelle römischer durch

7) Ueber die Erklärung des c. 10 X. 1. 41 vergl. Andere.

8) Vergl. auch noch die ältesten Prozeßschriftsteller über renovatio judicii bei Bergmann pag. 282. 305.

9) Die Dogmengeschichte ist sehr interessant, und gerade in dieser ist das Werk von Wetzell sehr lobenswerth: allein gerade in dieser Lehre ist es nicht entscheidend, und daher können wir auch mit der Ansicht von Wetzell nicht übereinstimmen.

das canonische Recht geläuterter Begriffe für das deutsche Recht. Wir gedenken nicht darauf zurückzugehen, um der jetzt geltenden Ansicht der Vervollkommnung des Prozesses entgegenzuarbeiten: allein besser hätte man untersuchen sollen die französischen Institute nicht nur im allgemeinen die Bedeutung des Staatsanwalts im Civilprozesse, welche Einrichtung entstanden ist, weil die Parlamente Gerichtsstellen waren, und gerade deßhalb der König, der nicht einmal die Richter ernennen konnte, zur Controlle des Prozesses seine gens du Roi haben mußte.

Gerade in dieser Beziehung, namentlich bei den Niedergerichten, wo der Gerichtsherr die Richter ernannte, hatte der gemeine deutsche Prozeß diese Richtung nicht zu nehmen, und daher darf man auch sagen, der bisher geltende badische Prozeß ist ein deutsches Gesetzbuch. Man kann nicht sagen, „der badische Prozeß sei kein veraltetes Werk, wie der gemeine deutsche Prozeß, aus welchem sich noch manche Länder herauszuwinden haben, mitunter aber nicht vollständig herauszuwinden vermögen.“ [10])

Vielmehr ist der badische Prozeß eine fleißige Benutzung des gemeinen deutschen Prozesses.

Noch wollen wir erwähnen, daß die letzte aber unbedeutende Schrift in dieser Lehre von Knöpfle ist unter dem Präsidium von Michaelis remedium i. restitutionis extraordinarium in jure communi mere subsidiarium. Tubingae 1838.

Im deutschen Reiche urtheilte über die Reichsunmittelbaren der Kaiser mit Zuziehung von Genossen: und als gleichsam an die Stelle des Kaisers Hofrichter und Kammerrichter gesetzt wurden, hießen deren Gehilfen — Urtheiler wie einst die Schöppen — oder Assessores. Unter Friedrich II. und III. kam wenig in der Organisation der deutschen Lande zu Stande: noch half man sich durch Befehdungen und Austräge, und erst als Maximilian I. Hülfe bei den Ständen suchte, verlangten diese den beständigen Landfrieden, und das Kammergericht,

---

10) Entwurf zur Ergänzung der bürgerlichen Prozeßordnung. Karlsruhe. S. 3.

welches urtheilen sollte, und zwar außer dem Herkommen nach den gemeinen Rechten, worunter das römische und canonische Recht verstanden sind. Es wird der Mühe werth sein, da seit einem halben Jahrhundert die Reichsgerichte zu sein aufgehört haben, ein paar Worte von den Reichsgerichten zu reden. Hat man ja schon oft an ein Bundesgericht gedacht.[11]) Der Kaiser hatte sich neben dem Kammergericht ein concurrirendes Gericht in seinem Hofgericht vorbehalten, auch die feudalia, gratialia und die Criminalgerichtsbarkeit über die Reichsunmittelbaren stand dem Kaiser zu. Zuerst war der Reichshofrath ein Gericht über die österreichischen Territorialländer, bis Ferdinand I. im Jahre 1559 die österreischen Sachen diesem Hofrath entzog.

Das Wichtigste in der Bestellung des Kammergerichts ist dessen Gerichtsordnung, auf die wir auch noch in unseren Tagen zurückkehren müssen, namentlich in unserer Lehre des außerordentlichen Rechtsmittels der i. i. restitutio. Auch der Reichshofrath mußte sich darnach richten, und sie war die nächste deutsche Quelle unserer Prozeßwissenschaft.

Der kammergerichtliche Prozeß zerfiel in den ordentlichen oder Citationsprozeß und in den Mandatsprozeß. Freilich mag man jetzt über diese Unterscheidung lachen, und der hannoversche Prozeß der neusten Zeit will gar nichts vom Mandatsprozeß wissen. Aber hören wir unsern großen Dichter Göthe, der mit Recht bemerkt, daß der Mandatsprozeß allein es gewesen sei, der das Reichskammergericht in dem höchst ehrenwerthen Zustand der Garantie öffentlicher Ordnung in Deutschland erhalten hat. Göthe's Werke, Ausgabe[12]) in 20 Bänden, Band 22, S. 95, 96: „Frisch arbeiten sei weg, was über den Augenblick entscheidet. Die Sachen vom schweren Gehalt hingegen blieben im Rückstand und es war kein Unglück. Dem Staat liegt mehr daran, daß der Besitz gewiß und sicher sei. Gegen Leute, die Gewalt brauchten, war vorgesehen."

---

11) Dieses war früher geschrieben, als an dem 16. August 1863: man kann sagen, viele Jahre früher.

12) Auch viele Jahre früher, als dieser Aufsatz bekannt gemacht wurde, s. auch Bruns über den Besitz, der mit manchen Anderem dieselbe Stelle anführt.

Nicht minder großartig war der Kammergerichtsprozeß für jene Verhältnisse, wo es der Gründlichkeit und dem Billigkeitsgefühl der Sache und der Partei galt.[13]) Ueberhaupt nämlich hatte das mittelalterische oder vorzugsweise das christliche Recht seinen großen Einfluß. Selbst bei dem Instanzenzug und den ordentlichen Rechtsmitteln sollte doch noch den Parteien Recht werden ob nova. Mixturam habeat pietatis causa cum rigore justitiae. Miscenda est ergo lenitas cum severitate, faciendumque quoddam ex utroque temperamentum ut neque multa asperitate exulcernntur subditi, neque nimia benignitate solvantur c. 9. 10. dict. 45. Algerus de misericordia et justitia (Hüffer, Beiträge S. 24). So ist es geschehen, daß man im Reichskammergerichte das Prinzip der Milderung und selbst im Prozesse noch das außerordentliche Rechtsmittel der i. i. restitutio annahm. Man hatte hier drei schwierige Punkte: 1) über das vorausgehende Extrajudicialverfahren oder wie man sagt de modo extrahendi processus in genere, 2) über das Executionsverfahren, welches durch Revision und Restitution gehindert werden sollte, 3) über die Supplication der Parteien, namentlich als remedium oder nova supplicatio und ulterior deductio.

Dieses Alles hatte die Bestimmung nicht grell zu verfahren. Da nämlich bei dem Reichskammergericht ein Instanzenzug nicht stattfand, mußte man vor allem wissen, ob noch weiter verfahren werden könne, sowohl in Rechtssachen als in andern Sachen. Bekannt ist übrigens, wie der Kaiser eine Revision zuließ, und dies war der Weg, wo auch eine Restitution angebahnt war. Aber wie? Es sollten nur nova deducirt und nondum probata probirt werden können. Ueberall waren nova auch bei der supplicatio, wo man selbst auf das römische Recht der kaiserlichen Zeit zurückging.

So sah die Sache an Riedesel in seinem bekannten und später anzuführenden Buche.

Aus diesem Allen zeigt sich, daß nur der Standpunkt der

13) Man sehe nur die Probearbeiten der neu eintretenden Urtheiler.

nova auch im Restitutionsverfahren vorlag, und daß wir hier den nächsten Grund finden zur Darstellung des Restitutionsverfahren im außerordentlichen Prozeßwege. Am 7. August 1495 wurde die Kammergerichtsordnung und der allgemeine beständige Landfrieden publicirt. Der Inhalt ist 1) es soll Niemand Unmittelbarer oder Mittelbarer den andern betrügen, berauben, gefangennehmen, belagern, oder mit Gewalt des Seinen entsetzen, sondern sich des Wegs Rechtens bedienen; 2) Jeder soll des andern Unterthanen durch sein Land frei und unbekümmert ziehen lassen; 3) Keiner soll dem Andern seine Unterthanen ablocken oder sie gegen ihren Herrn aufhetzen oder ihnen, wenn sie Missethaten halber flüchtig sind, Schutz verleihen; 4) Die Vaganten sollen ausgerottet werden; 5) Niemand soll dem Landfriedensbrecher mit Rath und That behilflich sein; 6) Der Landfriedensbrecher soll in die Acht oder 2000 Mark löthigen Goldes verurtheilt werden. Darauf hin wurden mit Rath und Willen der Stände ein Richter und 16 Urtheiler bestimmt. K. G. O. 1495 §. 1. Ueber die unglücklichen Lokalschicksale und Veränderungen in den Gerichtsorten des K. G. wollen wir hier nicht sprechen.

Ueber die Quellen der Reichskammergerichtsordnung ist im Kurzen folgendes zu bemerken:

1) Solche Ordnungen wurden verschiedene gemacht bis zum Jahre 1555. Sie gelten alle fordauernd, natürlich nur das nicht, was in einer spätern Ordnung ausdrücklich abgeändert ist.

2) Nach verschiedenen Visitationen wurde im Jahre 1613 ein Concept entworfen, wie es bei Schmauß corp. jur. publ. zu finden ist, welches wohl nicht als Gesetz gilt, aber formaliter als ein solches angesehen ward.

3) Nun kommt seit dem westphälischen Frieden der jüngste R. A. v. 1654, die Kanzleiordnungen der Kammer und die Wahlkapitulation.

Man wollte später die drei Theile der Kammergerichtsordnung umarbeiten, bestellte Commissarien, allein es ist bei der Sache geblieben bis auf eine Reihe guter Schriften, wozu auch die von Riedesel gehört, die sich auf die Restitution bezieht, worüber wir nun speciell handeln wollen.

§. 3.

Es hat einzelne Rechtsgelehrte gegeben z. B. Martin in seinen Vorlesungen, die von der Ansicht ausgingen, die prozessualische Restitution sei nur für das Reichskammergericht bestimmt gewesen, dasselbe habe damit das Rechtsmittel der Revision verbunden; allein daß diese Ansicht, obgleich sie etwas für sich hat, falsch sei, beweist der jüngste R. A., welcher im Art. 137 die Sätze der Reichskammergerichtsordnung auch auf das gemeine Recht angewendet wissen will — ferner der Umstand, daß die spätern Hofgerichte nach dem Muster des K. K. Gerichts eingerichtet wurden, wo es auch Revisionen gab, namentlich von Mynsinger für Braunschweig, was sich bis in die neueste Zeit bewährt hat z. B. wegen der Ordinationen, von Cocecji im Codex Friedericianus [13]) u. s. w., endlich daß die Natur der i. i. restitutio an sich schon auf ihre allgemeine Bedeutung hinweißt. Man findet dieses auch in dem ältesten Formelbuche in Termineus obgleich ohne specielle Ausführung.

§. 4.

Was aber die speciellen Quellen der Kammergerichtsordnung für die Restitution betrifft, so ist Folgendes anzuführen:

1) Der Reichsabschied von 1533 §. 5 thut Erwähnung;

2) es kommen verschiedene dubia cameralia vor z. B. von 1595;

3) fest steht die Sache in der Kammergerichtsordnung von 1555, im Concept von 1613 part. III Tit. 62;

4) die Reichsdeputation von 1600, §. 138, 144 gedenkt der Restitution;

5) die gemeinen Bescheide vom 7. Juli 1669, 7. Juli 1671, 27. Nov. 1713, besonders wegen des Eides vom 4. April 1721, Punkt 6—7;

6) endlich kamen wegen der vielfachen Klagen über die Restitution im Jahre 1768 allerlei Vorschläge, über welche sich Riedesel verbreitet.

---

13) Rudloff von Aehnlichkeit der Hofgerichte und Kammergerichte.

Die eben erwähnten Vorschläge gingen dahin, ob das Restitutionsmittel zu begünstigen und die Wiederholung desselben zu gestatten sei, ob es mit der Revision cumulirt werden könne, ob die wirkliche Abschwörung des Restitutionseids anzuführen sei, ob die nova extrajudicialiter vorher zu untersuchen, ob abzuschlagen oder cum vel sine effectu suspensivo zuzulassen seien, ob es eines neuen Senats und Referenten bedürfe — ob die Adjunction beizubehalten sei, ob der Restitution überhaupt der effectus suspensivus zu nehmen, ob bei geleisteter Caution der Execution der Lauf zuzulassen sei, ob Succumbenzgelder einzuführen seien oder Strafen anzuwenden, ob sich zu erkundigen sei, warum die nova nicht früher beigebracht worden, ob man nova mit antiqua cumuliren könne, wie weit die Schriftenzahl gehen dürfe, ob das quadriennium einzuschränken sei, ob eine Restitution gegen tertiam conformem zuzulassen sei — wie die Entscheidung der Restitution zu befördern sei. Man fragte auch, ob die Restitution an den Unterrichter zu verweisen, besonders wenn partim confirmatorie partim reformatorie gesprochen und deßhalb jetzt die Appellationssumme für das Kammergericht nicht mehr da ist; wie schon in der Form der Entschließungen bei der Verhandlung die Verzögerungsabsicht der Execution beseitigt werde, und endlich über das initium quadriennii, wo besonders Riedesel eigene Ansichten gibt.

Man sieht, daß diese Lehre bis in die feinsten Verhältnisse überlegt wurde, und daß auch heutzutage noch auf jene Untersuchungen zurückzugehen ist.

Eine besondere Bedeutung hatte noch der Umstand, daß bei dem Reichskammergericht gegen seine Sprüche eine Appellation nicht möglich war, aber die Revision: — damit auch bei dem R.=K.=G. eine Art von Janstanzverhältniß sei, das dann ein ordentliches Rechtsmittel ist, und wobei die Frage vorkam, ob nicht zugleich mit der Revision die Restitution zuzulassen sei.

Die Revision gründet man gewöhnlich auf die unter den römischen Kaisern vorgekommene Supplikation. Bekanntlich war hier der Kaiser unbeschränkter Gerichtsherr, er rescribirte, veränderte, und von einem Instanzenverhältniß, erst begründet durch das canonische Recht, war nicht die Rede. Als nun der

Kaiser in Deutschland das Reichskammergericht organisirt hatte, welches sowohl bei mittelbaren als unmittelbaren Untergebenen des Kaisers dort appellando hier aber rechtskräftig in erster Instanz entschied, konnte es nicht fehlen, daß man Beschwerde erheben konnte, die dann der Kaiser durch aufgestellte Revisoren untersuchen ließ. Diese Revision ist in der That ein deutsches reichskammergerichtliches Institut, wenn auch an andern Orten von der Revision die Rede ist z. B. wenn an das Reichsgericht wegen Mangels der Summe nicht appellirt werden kann, daß an die Territorialherrschaft supplicirt und von dieser die Revision bei einer Juristenfakultät gesucht werde (Deputationsabsch. von 1600 §. 16) so ist dieser Ausdruck weniger ein juristischer, als der Ausdruck des „Besichtigen" woher auch das Revisionsrechtsmittel gar oft Besichtigungsrechtsmittel genannt ist. Wenn daher in den Ländern, die das Privilegium de non evocando hatten, drei Instanzen nicht da waren und an das Reichsgericht nicht appellirt werden konnte, so mußten diese Länder Revisionsgerichte errichten.

Natürlich sollte auch bei den Reichsgerichten eine mehrfache Revision stattfinden, und dieser Zustand erweiterte sich in das Unendliche: die Klagen darüber waren grenzenlos. War der Verurtheilte in Besitz, so verband er damit die i. i. restitutio, um nicht aus dem Besitz gesetzt zu werden, und wollte Revision und Restitution cumuliren.

Darüber ist die dissertatio von Ullheimer entstanden: num remedium Restitutionis i. J. cum remedio Revisionis in C. J. Judicio conjungi possit Bambergae 1778 und die Vorschläge von Riedesel in dem angeführten Buche, die so lauten:

1) beide remedia — Revisionis et Restitutionis C. J. können verbunden werden suspensa tamen interim Revisione. Wird die Restitution abgeschlagen, so findet die Revision statt, aber zu unterscheiden ist so: wird die Revision in vier Monaten gesucht, so geht sie auch auf die Hauptsache: findet sie aber nur gegen die Restitution statt, so geht sie freilich blos auf die nova;

2) ist blos die Revision allein gesucht, dann kann freilich auch dagegen ex novis die Restitution stattfinden.

Formeln dazu findet man wohl nicht nach diesem von Riedesel gemachten Entwurf, der nicht zum Gesetze erhoben wurde, aber doch sonst in Pütter (Versuch einiger näheren Erläuterungen des Prozesses beider höchster Reichsgerichte. 2. Aufl. S. 14, 263.)

§. 5.

Niemand läugnet, daß durch die Praxis des Reichskammergerichts ein außerordentliches Rechtsmittel der i. i. Restitutio eingeführt worden ist, wenn man sich auf nova berufen kann. Aber eben so gewiß ist es, daß die gewöhnliche i. i. Restitutio des römischen Rechts hierher nicht anwendbar ist, die specielle Restitutionscausae sind nicht mehr zu gebrauchen. Wie kann hier von minor aetas die Rede sein, wo jede Formvernachlässigung, dann die Bestellung der Curatoren und andere Stellvertreter so geordnet ist, daß der minor sich gar nicht, weil er gehörig vertreten war oder auch sonst sich nicht mehr helfen kann, nicht minder in der ersten Beziehung eine Reihe von Instanzen und die Nichtigkeit da ist? Wie von metus, dolus, wie von der generalis causa, sofern die Sache nicht als novum erscheint? Dann handelt es sich gar nicht von einer ersten Sentenz und deren Einrichtung, sondern von einem durch alle Instanzen gegangenen unanfechtbaren Urtheile. Das Aeußerste, was hier geschehen kann, und sofern eine Nichtigkeit nicht eintritt, kann eben nichts anderes sein, als daß man demjenigen, der den Prozeß verloren hat, noch ein weiteres Spatium von vier Jahren läßt, sofern er nova vorbringen kann. Es ist ein ungemessener Fehler der neuen Gesetzgebungen, wenn man die Nichtigkeits- und Restitutionsgründe mit einander vermischt, wovon die Ursache allein darin ruht, daß man die Nichtigkeitsgründe nicht gehörig bezeichnet hat.

Aber die Sache liegt doch noch tiefer: was ist ein novum und wie wird außer dem quadriennium, worüber noch eine Erklärung der Berechnung erfolgen muß, derjenige vinculirt, der sich auf ein novum zur renovatio litis, wie die Alten sagen, beziehen will.

§. 6.
Vom Begriff novum.

In unsern neuen Gesetzgebungen ist weder dieser Begriff prinzipmäßig geordnet, noch auch ist in einigen Gesetzgebungen wie z. B. in der badischen dargestellt, was ein Nichtigkeitsgrund in den wesentlichen Punkten des Prozeßverfahrens ist. Gerade der Nichtigkeits- und Restitutionsprozeß müssen verbunden werden, und das Beste, was hier geschehen ist, freilich ohne Prinzip aber praktisch nicht unbedeutend, sind die Darstellungen der hannöverschen Prozeßordnung.

Vor Allem ein paar Worte über dasjenige, was nach dem Systeme des gemeinen deutschen Prozesses als nichtig erscheint, zugleich dann mit einer Vergleichung zum hannöverischen neuen Prozeß. Ein Hauptpunkt des gemeinen deutschen Prozesses ist das Wesen der Legitimationen der Parteien. Gerade deßhalb ist diese Lehre schon nach den Grundsätzen des canonischen Rechts eine Grundlehre geworden, weil sich hier die formelle Richtung der Nullitätsklage findet. Aber schwieriger ist der Punkt, wo es sich von dem Gegensatze der substantia et justitia processus handelt. Die letztere bezieht sich auf das jus in thesi, was im canonischen Rechte auch eine Nichtigkeit begründete, jetzt aber davon ausgeschlossen ist. Daher handelt es sich jetzt nur von den Substantialfällen. Diese sind offenbar keine anderen, als wo es an der Schriftlichkeit fehlt, die wesentlich vorgeschrieben ist, und die auch im System der Mündlichkeit nicht entbehrt werden kann: denn wenn die Vertheidigung des Beklagten in wesentlichen Punkten erschwert wird, z. B. wenn er nicht citirt ist oder contumacirt wird, ohne citirt zu sein: auch wenn der Beklagte im Beweisverfahren die nöthigen Fragestücke nicht aufstellen kann; ferner wenn der Richter das Prinzip der Verhandlung verläßt, z. B. Einreden aufstellt, wenn er Zeugen zuläßt, sofern der Zeugen-Notul publicirt ist, wenn der Richter keine Rücksicht auf das Fatale nimmt.

Allerdings ist in diesen Beziehungen das Wesen der substantialia noch nicht erschöpft: aber in der That ist dieses auch nicht der Fall, wenn der §. 431 des hannöv. Gesetzbuchs 12

einzelne Fälle aufstellt; aber soviel wird doch dadurch erlangt, daß, wenn der §. 431 strict erklärt wird, Analogien nicht zugelassen werden, und alles andere, was noch Bedeutung haben kann, nur aus dem Standpunkte des novi unter das außerordentliche Rechtsmittel der i. i. restitutio zu bringen ist. Der §. 444 der hannoverischen Prozeßordnung muß deßhalb auch einer milderen Interpretation unterworfen werden.

Sehr gefehlt ist es aber, wenn der badische Prozeß die substantialia processus nicht definirt, vielmehr dem Ermessen des Richters überläßt, §. 1210 sie dagegen als einen Gegenstand der i. i. restitutio behandelt, wodurch eben in der That nichts geordnet ist. [14])

Dieses Alles haben wir deßhalb vorausgeschickt, um nunmehr zur Begründung des Begriffes eines novi überzugehen. Die eine Richtung wird bald erkannt, wenn man den Standpunkt des falsi hervorheben kann, der andere Punkt muß rein subjectiv gefaßt werden.

Die Natur des falsi zeigt schon, ob die Fälschung wesentlich ist, z. B. bei bestochenen Zeugen, meineidigen Zeugen, falschen Urkunden; schwieriger ist es bei einem andern novum, wo der Restituent die Natur des novi erhärten muß, und auch der Richter zu ermessen hat, ob er den Gegenstand selbst als wesentlich für den Standpunkt der Prozesses erkennen will.

§. 7.

Vom novum bei der Restitution im Gegensatz zum novum bei der Appellation und Revision.

Die Frage ist auch aus dem historischen Standpunkt interessant. Bei dem Reichskammergericht wurde oft Revision und Restitution verbunden, da nun auch bei der Revision nova vorgebracht werden konnten, wozu bedurfte es noch der Restitution?

Dieses mußte offenbar voraussetzen, daß die nova bei den ordentlichen Rechtsmitteln andere sein mußten, als die bei der

---

14) Offenbar haben die badischen Gesetzgeber das französische Recht im Auge gehabt, welches die Cassation nur zuläßt, sofern die requête civile keinen Erfolg gehabt hat. Holzschuher der Rechtsweg S. 516.

restitutio. Der eigentliche historische Grund war hier der, daß die Revision die Suspension nicht nach sich zog und gerade deßhalb die Restitution gebraucht wurde, wie uns Ullheimer und Riedesel bezeugen.[15])

Wie es aber im Verhältnisse zur Appellation steht, ist nicht gehörig erörtert. Allerdings scheint hier der Begriff der nova weiter gegangen zu sein, wie bei dem außerordentlichen Rechtsmittel der Restitution: aber anderntheils auch sehr verengert zu sein. Natürlich mußte man bei der Appellation die fatalia beachten und die nova zur rechten Zeit hinsichtlich der fatalia vorbringen, ebenso mußten die nova auf die einzelnen Beschwerden gehen, und hatten nicht den Zweck, die ganze Sentenz rescindiren zu machen.[16]) Dagegen ist nicht zu zweifeln, daß bei der Appellation zu den einzelnen Beschwerden auch die i. i. restitutio des römischen Rechts geltend gemacht werden konnte, z. B. ob metum et dolum, ferner daß der Minderjährige gegen die Vernachlässigung des Prozesses zu seinen Ungunsten in der ersten Instanz die Restitution gebrauchte, ebenso der absens und daß die generalis clausula vorkam: dann daneben auch die nova, nur nicht die präcludirten exceptiones, natürlich aber nur solche nova, welche man zur gedachten Zeit der Appellation schon erkennen konnte, und dieses bezog sich nicht blos auf den Beweis des facti sondern auch auf neue Ansichten über die juristische These: Von einer Rescission des Verfahrens in Appellationssachen konnte nicht die Rede sein, und daher durften nach publicirten Zeugen-Notulus in appellatorio keine neuen Zeugen aufgerufen werden, was sich anders verhält bei dem außerordentlichen Rechtsmittel der i. i. restitutio.

Nur ist jetzt noch nachzuweisen, warum es nicht inconse-

---

15) Riedesel, S. 144, Mittermaier, der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß I. III. §. 3.

16) Es ist dieses keineswegs aus einzelnen Stellen des römischen Rechts herzuleiten, wie Gönner meint, sondern aus der Natur der Sache selbst, d. i. daß die Appellation direkt die Sentenz nicht rescindiren soll: und Reinhard, Handbuch des Prozesses S. 223 hat ganz Unrecht, blos exegetisch Gönner'n widerlegen zu wollen.

quent war, bei der Appellation gegen die Grundsätze der Eventualität und Präclusion noch das Vorbringen der nova zuzulassen?[17]) Es war dieses einmal das christliche oder mittelalterische Princip, wo die Präclusion nicht absolut wirken soll: es war aber auch das Prozeßprinzip, nicht mehr appellablen im canonischen Recht des sog. simultaneus processus, denn da man durch Restitution in einem besonders durchgeführten Prozesse sich helfen konnte, so war es wohlthätig, Alles jetzt in appellatorio noch vorbringen zu lassen, was zur Aufhellung der Sache jetzt schon beitragen könne.

Dazu helfen dann auch die aus dem römischen Recht betonten Rechtsmittel der Supplication — und da in Deutschland die Cabinetsjustiz abgeschafft wurde, so mußte man um so versöhnlicher sein bei der Ausführung der ordentlichen Rechtsmittel.

§. 8.

Was ist ein novum bei dem außerordentlichen Rechtsmittel der i. i. restitutio.

Nirgends herrscht mehr Unsicherheit als in der Concurrenz der i. i. restitutio mit den übrigen Rechtsmitteln, ja sogar in der Anwendung derselben im Civilrecht. Allerdings ist nicht zu läugnen, daß man von dieser Begünstigung schon im System des prätorischen Rechts überall Gebrauch machen kann, wo eine laesio da ist und gewisse causae restitutionis. Ebenso sicher ist es, daß man auch als Rechtsmittel im modernen Sinne des Wortes es in Concurrenz bringen kann mit andern Rechtsmitteln, namentlich der Appellation und Revision und zwar nicht als subsidiares Rechtsmittel, sondern in unmittelbarer Concurrenz. Wo nun das Rechtsmittel wie die Appellation einen suspensiven Effekt hat, ist die Sache unschädlich, anders wenn das gewöhnliche Rechtsmittel z. B. die reichsgerichtliche

17) In der badischen P. O. §. 316 steht sogar in Beziehung auf die Verhandlungen der ersten Instanz: Solche Einreden deren thatsächlicher Grund erst später entsteht oder durch welche der Mangel wesentlicher Voraussetzungen zur Rechtsbeständigkeit des Verfahrens gerügt wird können noch bis zum Endurtheil vorgetragen werden.

Reviſion nicht ſuſpendirt, und gerade hier iſt die Reſtitution von den wichtigſten Folgen. Gerade hier aber entſteht nun die Frage:

1) ob hier unter der i. i. restitutió die prätoriſche Reſtitution gemeint ſei; [18])

2) ob, wenn hier ein novum vorkommen muß und zwar mit Ausſchließung der andern Reſtitutionen dieſes novum dasſelbe ſei, welches bei der Appellation und Reviſion vorkommen kann, oder ob es eine andere Bedeutung hat? [19])

ad 1. Daß die prätoriſche Reſtitution, welche ſpecielle causae anführen muß, hier nicht gemeint ſein kann, fällt in die Augen: das Urtheil iſt jetzt durch die ordentlichen Rechtsmittel und die Nichtigkeitsbeſchwerde nicht angreifbar: für die Minderjährigen und andere durch ſpecielle Gründe Betheiligte iſt auch geſorgt, daß ſie Reſtitutionen bei den ordentlichen Rechtsmitteln vorbringen können, auch bei ihnen muß alſo ein novum da ſein, wenn ſie das quadriennium als das letzte Mittel ihres Schutzes gebrauchen wollen. Dieſes iſt der Geiſt, in welchem die Reſtitution als außerordentliches Rechtsmittel durch Sinn und Bedeutung des Reichsgerichts und der gemeinrechtlichen Praxis eingeführt iſt.

ad 2. Sicherlich iſt es nun:

1) daß die Reſtitutionsnova nicht blos auf die Beſchwerden zu beſchränken waren, welche in der Appellation vorgebracht wurden, denn die Sentenz ſollte durch dieſes Rechtsmittel reſcindirt werden, alſo alles hatte hier Bedeutung, was eine Ungültigmachung der Sentenz bewirken konnte.

2) daß natürlich bei einem novum der Reſtitution von einer hervorgegangenen Präcluſion die Rede nicht ſein kann, denn das novum führt ja auf Umſtände, welche man zur Zeit der frühern Verhandlung nicht kannte oder nicht für wichtig und bedeutend hielt; und ſofern der letztere Punkt in dieſer Richtung wirklich hervortritt, ſollte im Wege der Billigkeit dem Reſtitutionsſucher immer geholfen werden.

---

18) Man kann hier ſagen, die Reſtitution iſt verengert.

19) Hier kann man ſagen, die Reſtitution iſt erweitert.

3) Darauf, wie dieſes novum zu Tage tritt, kommt ebendeßhalb gar nichts an: ob es neu aufgefundene Urkunden ſind, ob ein falsum nachzuweiſen iſt nicht, nur bei beſtochenen Zeugen, ſondern auch wenn ſonſt die Zeugenausſage zu entkräften iſt, ſelbſt durch neu entdeckte Zeugen u. ſ. w. iſt gleichgültig. Daß das franz. Recht neue Zeugen nicht zuläßt, ruht auf der Anſicht des franz. Rechts über Beweis überhaupt, und wenn die deutſchen Geſetzgeber neue Zeugen nicht zulaſſen wollten, weil der Zeugenrotel publicirt ſei, und eine Subornation ſtattfinden könnte, oder weil der Reſtitutionsſucher ſich beſſer hätte umſehen ſollen, iſt ſicherlich falſch — wenn nur das novum klar hervortritt, und die hannoverſche Anſicht ſchon der frühern Zeit hat dagegen keine Bedeutung.

4) Noch weniger kommt darauf an, ob dem novum noch etwas anderes zu Grunde liegen muß d. h. falsum oder dolus von andern Seiten: denn die Reichsgerichte geſtatteten jedem novum ſeine Bedeutung.

5) Gar oft iſt behauptet, nova in jure könnten nicht vorkommen, hier iſt nur ſo viel gewiß, daß es hier keine nova in jure gibt, aber daß man dasjenige nicht überſehen darf, was auch bei dem jus factiſch iſt, wie bei dem Gewohnheitsrecht und den Statuten.[20])

6) Auch bei den Beweismitteln kömmt es auf weitere Vorausſetzungen nicht an, ohne daß jedoch, ſoweit es hier nöthig, das Ermeſſen des Richters, welchem der Beweis gemacht werden ſoll, ausgeſchloſſen wird.

Soll die restitutio als außerordentliches Mittel überhaupt ob nova eine Bedeutung haben, ſo iſt auch gar nichts da, was die Eigenſchaft deſſelben beſchränken ſoll oder an beſondere Vorausſetzungen gebunden ſein ſoll. Es war bis hieher eine große Vernachläſſigung der Dinge, daß man den poſitiven Entſtehungsgrund dieſes außerordentlichen Rechtsmittels in der Reichsverfaſſung und den Reichsgerichten nicht gehörig unterſucht hat, und namentlich iſt dieſes auch Gönner entgangen, obgleich er als großer Kenner des Reichsſtaatrechts es hätte wahrnehmen können.

---

20) Gönner, a. a. O. §. 10.

Damit ist nun auf keine Weise gesagt, daß man es mit dem Rechtsmittel ob nova nicht streng nehmen muß, denn man hat zu allen Zeiten erkannt, daß unter zehn solcher Rechtsmittel neun falsch sind,[21]) aber die Frage ist eben von dieser Seite eine andere: man kann nämlich deßhalb das Rechtsmittel nicht aufheben, sondern wenn es an sich seinen guten Grund hat, muß man an andere Maßregeln denken, frivolen Restitutionssuchern entgegenzukommen. Dies scheint uns aber kein Mittel zu sein: daß man der Restitution die suspensive Kraft nimmt, denn dieses würde oft soviel heißen, ihr ihre Bedeutung zu nehmen.[22])

Die i. i. restitutio hatte ursprünglich im Reichskammergerichte nur den Zweck, Hülfe zu schaffen bei einem Urtheil dieses Gerichtshofs, wenn nova vorzubringen waren: in der gemeinrechtlichen Praxis aber ist der Standpunkt eingetreten, nach vollständiger und instanzenmäßiger Verhandlung der Sache denjenigen dieses endliche Rechtsmittel offen zu lassen, wenn sie es ob nova in einer bestimmten Zeit vorzubringen und auszuführen befugt sind.

§. 9.

Daß für die i. i. integrum restitutio ein quadriennium vorgeschrieben ist, war nichts als die Erinnerung an die prätorische in integrum restitutio, und dabei der Gedanke, daß in einer solchen Zeit dem Betheiligten die letzte Hülfe nicht zu versagen sei.

Da es sich aber um etwas Anderes handelte, als um die prätorische i. i. restitutio, also um ein novum, so war das quadriennium eigenthümlich zu berechnen. Gewiß nicht wird der Gebrauch dieses Rechtsmittels berechnet von der res judicata an, weil das novum erst viel später entdeckt werden konnte, also von der Entdeckung des novi. Einige aber behaupteten, sollte das novum schon im Laufe des quadriennii entdeckt sein, so müsse es doch in diesem quadriennium vorgebracht werden.

21) Ullheimer in der angeführten dissert. § 5. Reinhard, Handbuch des Prozesses §. 357.

22) Daß der Eid geleistet werden muß, ist bekannt, und schon v. Riedesel schlägt Succumbenzgelder vor.

Gesetzlich steht hier nichts fest und was Riedesel S. 94 und Bayer S. 1104 angeführt hat, ruht auf Conjekturen. Offenbar läuft von der Entdeckung des novi das quadriennium und es muß dieses angenommen werden, wenn man dem novum eine Bedeutung zuschreiben will.

§. 10.

Die i. i. restitutio tritt gleichsam als ein neuer Anspruch, als eine neue Klage, als eine neue Instanz dem Inhalte des Rechtes nach auf. Es muß dagegen auch eine Verhandlung in zweiter — wohl auch in dritter Instanz geben. Niemals ist die Appellation gegen das Urtheil, welche diese Restitution zuläßt oder abschlägt, in Zweifel gezogen worden. Es entsteht also ein neuer Prozeß.

Ebenso natürlich aber ist es, daß es eine restitutio restitutionis nicht geben kann, d. h. daß dem in der Restitution vorgebrachten novum, welches ja an sich ein faktischer oder Rechtsgrund ist, ein anderer Grund gleichsam als Novität entgegengesetzt werden kann.

Damit ist aber nicht gesagt, daß wenn Jemand neue nova entdeckt, sei es auch der Gegner, er von Neuem auf diese hin eine Restitution nicht suchen kann. Die Restitution ob nova ist sicherlich unentbehrlich, wo nur eine einzige Instanz besteht, wie bei den deutschen Reichsgerichten: sicherlich auch wenn ein Bundesgericht zu Stande kommt.